**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA**

**CONCEPTO 041881**

Fecha: 24/01/2024 05:08:42 p.m.

Bogotá D.C.

 **REF: RETIRO DEL SERVICIO–**Edad de retiro forzoso.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la edad  de retiro forzoso, me permito manifestarle lo siguiente:

Al respecto es necesario indicarle primero, que de acuerdo con lo establecido en el  Decreto [430](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=68813#430)de 20161, este Departamento Administrativo tiene como objeto el  fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y  organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la  democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación,  implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de  instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, razón por la cual no es de  su competencia pronunciarse sobre los procedimientos internos de una entidad pública.

Por tanto, la resolución de los casos particulares, corresponderá en todos los casos a la  autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera  cierta y documentada la situación particular de su personal.

De ésta manera; no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares,  declarar ni negar derechos; intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar  como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las  implicaciones legales derivadas de sus actuaciones, como tampoco realizar ni revisar las  liquidaciones de las prestaciones sociales de los servidores, razón por la cual dichas  operaciones deben ser realizadas al interior de las entidades públicas, de acuerdo con las  competencias establecidas en los manuales de funciones respectivos. No obstante, respecto a su consulta y a modo de información general, me permito darle respuesta de la  siguiente manera:

Como primera medida, la Ley [1821](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de 20162, referente a la edad máxima de retiro forzoso  señala:

***“ARTÍCULO***[***1o***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1)***.*** **La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen  funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro  inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna  circunstancia.**

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de  elección popular ni a los mencionados en el artículo [*29*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=1198#29)del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por  el artículo [*1o*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=10478#1)del Decreto-ley 3074 de 1968”. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

De esta manera, a través de la norma trascrita, se amplía de 65 a 70 años la edad  máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, para aquellos servidores  públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e  independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que  cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular ni a  los mencionados en el Artículo [29](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=1198#29)del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el  Artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=10478#1)del Decreto-Ley 3074 de 1968.

En este sentido, sobre la aplicación de la Ley [1821](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de 2016 antes enunciada, el Gobierno  Nacional, elevó consulta al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,  pronunciándose el día 8 de febrero de 2017, bajo radicado No. 2326, señalando lo  siguiente:

“Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción,  contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que  una persona, a la entrada en vigencia de la Ley [*1821*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones  públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el  derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que **tal  persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la  obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice  explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio  de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el Artículo 1 de la misma  ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro  forzoso que la Ley**[***1821***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)**establece (70 años).**

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la última parte  del Artículo y en los respectivos antecedentes legislativos.

En efecto, la parte final del Artículo estatuye: "**A las personas que se acojan a la opción voluntaria  de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley**, no les será aplicable lo dispuesto  en el parágrafo 3° del Artículo [*9*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=7223#9)° de la Ley 797 de 2003". [...]

Merece la pena aclarar que la Ley [*1821*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley [100](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=5248#0100)de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen  de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, **siguen constituyendo  justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria**,  según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no "se  acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo”( por ejemplo si un servidor público, después  de reconocida la pensión y de ser incluido en nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de  permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva  pensión)**.** [...]” (Subrayas y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" a que se refieren el  Artículo [2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#2)° de la Ley 1821 de 20163, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el  empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de  retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de  retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación.

En igual sentido, el Decreto [1083](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=62866#1083)de 2015, único reglamentario de la Función Pública  expresa:

***“ARTÍCULO***[***2.2.11.1.7***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=62866#2.2.11.1.7)**Edad de retiro forzoso.**A partir de la entrada en vigencia de la Ley [*1821*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de  2016, **la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos**,  salvo las excepciones señaladas en el artículo [*2.2.11.1.5*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=62866#2.2.11.1.5).

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley [*1821*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de 2016 tuvieren 65 años o más y  continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no  son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley” (Subrayas y resaltado fuera de texto).

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo,  mediante sentencia 2018-01750 de 2019, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset  Ibarra Vélez, al referirse a la aplicación del artículo [1](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1), de la Ley 1821 de 2016 antes  enunciado, expresó:

“La disposición transcrita **se aplica a «las personas que desempeñen funciones públicas», es  decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con  excepción de «los funcionarios de elección popular»,**y también «los mencionados en el Artículo [*29*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=1198#29)del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo [*1o*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=10478#1)del Decreto-ley 3074 de 1968», que  alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de  votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra,  considerados por la ley como meros auxiliares de la administración pública.

**En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los** **empleados públicos de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los  70 años (antes 65 años), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna  circunstancia.**

En la aplicación de la regla de la desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la  Corte Constitucional ha establecido en sede de tutela una regla según la cual **«la aplicación de las  normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de  forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la  vulneración de derechos fundamentales»**. Por consiguiente, de acuerdo con este criterio del  máximo tribunal constitucional, al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de  retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar el derecho fundamental al  mínimo vital

Ahora bien, en sede de constitucionalidad, el mismo órgano de cierre al decidir una demanda contra  el Artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, por el cual se establecía el derecho a la permanencia  en el servicio del docente oficial mientras que no hubiere sido excluido del escalafón o alcanzare la  edad de 65 años para su retiro forzoso, únicamente controvirtiéndose este último inciso, consideró  que dicha causal reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a  los cargos públicos **y no atentaba prima facie contra el mínimo vital, en tanto el retiro de los  empleados se compensaba por el derecho que adquirían para disfrutar de la pensión de vejez**,  por lo que declaró la exequibilidad de la expresión acusada mediante la sentencia [*C-563*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=23745#563)de 1997

Así las cosas, **es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había  logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y  tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades  básicas,**entendido de manera amplia, lo cual «comprende lo correspondiente a la satisfacción de las  necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo  necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas». En este mismo sentido, la Corte ha  señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «el Estado,  pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona  indefensa sucumbe ante su propia impotencia».

**Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta,  por lo menos, los siguientes criterios:**

**(i) Criterio económico.**Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si  éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si  su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensión; (d) si  los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene  deudas contraídas tiempo atrás.

**(ii) Criterio laboral**. Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la  entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (b) cuál es la profesión o  trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar prima facie las probabilidades de  que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.»

**En consecuencia, solo en el evento en que se cumplan las condiciones anteriormente  referidas, es posible ordenar de manera excepcional el reintegro del servidor público al cargo  que desempeñaba o a uno equivalente, pese a haber alcanzado la edad de retiro forzoso  prevista en la ley**”. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De acuerdo a lo expresado por el Honorable Consejo de Estado, el servidor desvinculado  por retiro forzoso, no ve afectado su mínimo vital al compensar sus ingresos con la pensión de vejez; sin embargo y para situaciones en la que el servidor cumple la edad de  retiro forzoso, sin adquirir el status pensional, es importante tener en cuenta que, al  momento del retiro, no se vea afectado su mínimo vital.

En este sentido, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, tenemos como  primera medida, que las disposiciones de la Ley [1821](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=78874#1821)de 2016, se aplican a “las personas  que desempeñen funciones públicas” es decir, en principio a todos los servidores públicos  de todas las ramas del poder público. Así las cosas, podrá el servidor permanecer en su  empleo de manera voluntaria, hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, sin que  en principio puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

De esta manera, la administración deberá adelantar la correspondiente desvinculación de  los servidores públicos, al momento de cumplir la edad de retiro forzoso, esto es, a los 70  años, independientemente de si han completado o no, la totalidad de las semanas  requeridas para acceder a la pensión de vejez, ya que, de no hacerlo, podrían generarse  consecuencias disciplinarias y responsabilidad fiscal.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo  público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio  de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el  siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>,  donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección  Técnica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo [28](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/norma.php?i=41249#28)del Código de  Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**ARMANDO LÓPEZ CORTES**

**Director Jurídico**

Proyecto: Alessandro Saavedra Rincón

Revisó. Harold Israel Herreno Suarez

11602.8.4

**NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones  públicas.

3 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones  públicas.